

4. De nieuwe beperkte gemeenschap van goederen: nog meer problemen gesignaleerd!

In deze bijdrage over de opeenstapeling van bezwaren tegen de nieuwe beperkte huwelijksgemeenschap volgens wetsvoorstel 33987 moet worden gelezen als een vervolg op mijn eerdere bijdrage in *FTV* 2014, nr. 49. In de aanhef van dat laatste artikel stelde ik reeds dat ik “de voornaamste aspecten van het wetsvoorstel [zou] behandelen zonder aanspraak te maken op een uitputtende behandeling ervan”. Dat ik nu opnieuw inga op de bezwaren, heeft als reden dat men zich steeds meer realiseert wat de impact van invoering van het wetsvoorstel zal zijn.

Het aantal bezwaren tegen de nieuwe beperkte huwelijksgemeenschap volgens wetsvoorstel 33987 is groeiende, wat naar mijn mening duidt op een toenemend besef hoe ongelofelijk sterk de bestaande wettelijke gemeenschap van goederen is verankerd in ons civielrechtelijk rechtsdenken. In een rustig moment van bezinning realiseert men zich steeds opnieuw dat bij de – onverhoopte – invoering van het wetsvoorstel ieder bestaand denken over de huwelijks-gemeenschap en de gevolgen daarvan op de helling moet. De nieuwe beperkte gemeenschap zal steeds voor nieuwe problemen zorgen, doordat niet alleen het recht, maar ook de maatschappij – in de zin dat tal van rechtshandelingen van burgers veel complexer en daardoor tijdrovender worden – hierdoor steeds complexer wordt. Ik ga daar hierna verder op in. Ik beperk me in deze bijdrage tot het signaleren van tal van problemen zonder deze uitputtend te gaan uitwerken. Daartoe bestaan meerdere redenen. In de eerste plaats is niet zeker dat wetsvoorstel 33987 de eindstreep gaat halen. Voorts is de doelstelling van dit artikel niet anders dan – opnieuw – te waarschuwen voor de gevolgen van de invoering van het wetsvoorstel.

1. Wijziging van de onroerendgoed- en vennootschapspraktijk

Men is geneigd om te denken dat bij wijziging van de bestaande wettelijke gemeenschap van goederen in een beperkte huwelijksgemeenschap de gevolgen beperkt blijven tot de (notariële) praktijk van het familierecht. Niets is echter minder waar. Ook de onroerendgoed- en vennootschapspraktijk zullen door de invoering van het wetsvoorstel aanzienlijk wijzigen. Daarbij zullen die wijzigingen steeds het karakter dragen van een verdere complicering van alle vermogensrechte-

lijke verhoudingen. Ik wijs in dit verband op het volgende. Indien een echtgenoot gehuwd in de huidige wettelijke gemeenschap van goederen zich tot een notaris wendt om zijn huis over te dragen, zal de notaris het desbetreffende onroerend goed onderzoeken en indien hij constateert dat de woning op naam van een echtgenoot (bijvoorbeeld de man) staat, die man in beginsel als de bestuursbevoegde echtgenoot beschouwen en bij afwikkeling van het transport de opbrengst op iedere willekeurig opgegeven bankrekening van die echtgenoot of de beide echtgenoten tezamen overmaken, omdat die opbrengst vrijwel altijd in de wettelijke gemeenschap van goederen zal vallen.

Dit zal anders worden indien de nieuwe beperkte huwelijksgemeenschap wordt ingevoerd. Indien men in dat geval bij de recherche stuit op het feit dat de man het huis op zijn naam heeft, kunnen er steeds twee mogelijkheden zijn. Ofwel de woning is privévermogen van de man omdat hij deze woning reeds had vóór het huwelijk dan wel geërfd of geschonken heeft gekregen en dan zal de opbrengst bij het transport in beginsel ook aan de man in privé toekomen, doch het is ook mogelijk dat de woning tijdens het huwelijk op naam van de man is verworven en dan zal de opbrengst in eerste instantie in de gemeenschap vallen. Het vorenstaande dient in die zin te worden genuanceerd, dat ook al betreft het een privéwoning van de man van – bijvoorbeeld – vóór het huwelijk, de mogelijkheid bestaat dat de hypotheek gedeeltelijk tijdens het huwelijk is afgelost uit gemeenschapsvermogen en dat de gemeenschap in verband daarmee een vergoedingsrecht heeft, te begroten conform het bepaalde in art. 1:87 BW op de man in privé. Uiteraard kan, mutatis mutandis, dezelfde situatie spelen indien de woning tijdens het huwelijk is verworven, maar de

hypotheek (gedeeltelijk) is afgelost uit privémiddelen van één van de echtgenoten. Ook bij een huis op beider naam van de echtgenoten zal moeten worden nagegaan of zij dit reeds hadden voor het huwelijk. In dat geval zal de opbrengst aan ieder van hen privé toekomen dan wel in een gemeenschap in de zin van titel 3.7 BW vallen.

Naar mijn mening zal een behoorlijk notaris ervoor dienen te zorgen dat ter gelegenheid van de levering wordt vastgelegd welk bedrag aan wie toekomt in – bijvoorbeeld – de nota van afrekening.¹ Hetzelfde geldt bij eventuele restschulden, omdat dit – kort gezegd – zowel privé- als gemeenschapsschulden kunnen zijn. Alleen op die manier is immers te zijner tijd bij het einde van het huwelijk, onafhankelijk van het feit of dit plaatsvindt door echtscheiding dan wel door overlijden, te reconstrueren waarop iedere echtgenoot recht heeft.²

Dezelfde problematiek geldt voor een echtgenoot gehuwd in de nieuwe beperkte gemeenschap van goederen die aandelen in een besloten dan wel naamloze vennootschap vervreemdt aan een derde. Daar zal de notaris opnieuw erop moeten letten of de aandelen privévermogen van een echtgenoot vormen dan wel in de (huwelijks)gemeenschap vallen. Tevens zal ook daarbij de herkomst van de middelen moeten worden vastgelegd en worden aangegeven aan wie de verkoopopbrengst toekomt. Uiteraard zullen de betrokken partijen het gelag hier moeten betalen, want dit gaat aan de praktijk aanzienlijk meer tijd kosten en derhalve zal de declaratie voor iedere transactie hoger worden dan nu het geval is.

Een tweede voorbeeld van een wijziging in de ondernemingsrechtpraktijk ten gevolge van de invoering van wetsvoorstel 33987 betreft het volgende. In mijn bijdrage in *FTV* 2014, nr. 49 schetste ik dat in bijna

ieder huwelijk voortaan sprake zal zijn van vier verschillende vermogensposities. Ik recapituleer dit nog kort. Bij een huwelijk in de nieuwe beperkte huwelijksgemeenschap zal sprake zijn van het privévermogen van de man, van het privévermogen van de vrouw, van goederen die in de huwelijksgemeenschap vallen en van goederen die in een eenvoudige gemeenschap in de zin van afdeling 3.7.1 BW vallen, omdat vrijwel alle echtgenoten tegenwoordig vóór het huwelijk hebben samengewoond en in die samenwooningsperiode ook een gemeenschap aan goederen hebben gecreëerd die door titel 7 afdeling 1 van Boek 3 BW wordt geregeerd.

De vennootschapspraktijk laat zien dat het vervolgens nog ingewikkelder kan worden door nog een vijfde vermogenspositie. Een echtgenoot-ondernemer zal in een aanzienlijk aantal gevallen – evenals nu het geval is – zijn onderneming inbrengen in een maat- of vennootschap (personenvennootschap). In dat geval vallen ten aanzien van de echtgenoten niet alleen de vier hiervoor genoemde verschillende vermogens te onderscheiden, maar heeft de echtgenoot-ondernemer ook nog eens ondernemingsvermogen dat – zoals ik reeds schetste in *FTV* 2014, nr. 49 in par. 5 – deels tot zijn privévermogen en deels tot het huwelijksgemeenschapsvermogen kan behoren – welk ondernemingsvermogen op zijn beurt deel kan uitmaken van een personenvennootschap met een derde. Het behoeft geen betoog dat hier volstrekt onontwarbare kluwens ontstaan van rechten en verplichtingen waar geen mens meer uitkomt.³ Wellicht nog erger wordt het indien in een dergelijk geval niet zozeer sprake is van een personenvennootschap met een derde, maar indien het betreft een man-vrouw-firma, want dan heeft men de vijf verschillende vermogensposities binnen hetzelfde huwelijk!

2. De blijvende functie van de klassieke wettelijke huwelijksgemeenschap

Voor alle duidelijkheid – maar het spreekt eigenlijk voor zichzelf – wijs ik er hier uitdrukkelijk op dat bij inwerkingtreding van de wettelijke regels zoals neergelegd in wetsvoorstel 33987 de wettelijke gemeenschap van goederen zoals we die nu kennen uit de wet zal verdwijnen. Hoe eenvoudig dit op zichzelf ook lijkt – dit is immers eigen aan het wijzigen van de wet – toch blijkt bij nadere bezinning dat dit enorme consequenties heeft in de praktijk. Hetgeen ik hierna opmerk, sluit vervolgens aan bij hetgeen ik reeds aanstipte in mijn eerder genoemde artikel in *FTV* 2014, nr. 49, par. 7 (de fiscaliteit). Wat is immers – kort gezegd – het geval? Ook al komt de huidige wettelijke

1 Het feit dat dit geen persoonlijk standpunt is, moge worden geïllustreerd met het gegeven dat destijds in de memorie van toelichting bij wetsvoorstel 28867 inzake de toenmalige plannen voor een beperking van de wettelijke gemeenschap van goederen aan het notariaat expliciet werd geadviseerd bij leveringsakten ten aanzien van woningen “de herkomst van de gelden” in de akte te vermelden. Zie *Kamerstukken II* 2002-2003, 28867, nr. 3, p. 22 (MvT). Het feit dat de situatie in de toekomst principieel anders ligt dan onder de huidige wettelijke gemeenschap, waarbij bijvoorbeeld een woning deels gefinancierd is met gelden verkregen uit een erfenis of gift onder uitsluitingsclausule, komt voort uit het feit dat onder de huidige situatie het privé-zijn van de gelden uitzondering is en voortvloeit uit een rechtshandeling (erfenis of gift onder uitsluitingsclausule) die de desbetreffende echtgenoot moet aantonen, terwijl in de toekomst het privé-zijn van middelen voortvloeit uit de wet. Een behoorlijk notariaat dient ervoor te zorgen dat de rechtstoestand die uit de wet voortvloeit voor de betrokken partijen helder wordt vastgelegd. Zie in verband daarmee ook de hiervoor in deze noot genoemde passage uit de MvT.

2 Uiteraard zal bij aankoop van een woning met eigen middelen de herkomst van die middelen eveneens moeten worden vastgelegd.

3 Het behoeft geen betoog dat deze situatie voor het mkb in Nederland als volstrekt ongewenst moet worden beschouwd.

gemeenschap van goederen in de wet te vervallen, het leeuwendeel van de echtparen met enig vermogen waarvan het huwelijk wel stabiel is en die een zekere leeftijd bereiken, zullen – veelal geadviseerd door hun fiscalist of notaris – in het licht van de estate planning zo veel mogelijk goederen in gemeenschap willen brengen om te zijner tijd de tarieven van de Successiewet te drukken. Kortom, veel meer dan thans zullen vele oudere echtparen van de alsdan bestaande beperkte huwelijksgemeenschap overstappen naar de aloude wettelijke huwelijksgemeenschap die niet meer in de wet is geregeld.⁴ Zonder hier in finesses te treden, zal duidelijk zijn dat veel meer huwelijkse voorwaarden staande huwelijk zullen worden opgemaakt en dat daarbij een extra complicatie uit dit wetsvoorstel voortvloeit, in die zin dat – naarmate de jaren verglijden – het notariaat in de akte helemaal zal moeten gaan uitwerken wat tot die brede aloude wettelijke huwelijksgemeenschap behoort.⁵ In de wet zal men die regels dan immers al jarenlang niet meer aantreffen en de herinnering aan de oude jurisprudentie hierover zal geleidelijk aan vervagen. Daarbij zal ook een rol spelen dat na verloop van jaren de wettelijke regeling van de huidige huwelijksgemeenschap aan studenten niet meer zal worden bijgebracht. Om begrijpelijke redenen zal het universitair onderwijs aan zo'n oud stelsel geen aandacht meer schenken, zoals ook thans met oude stelsels steeds het geval is geweest. Alle tijd zal moeten worden besteed om de nieuwe complexe regeling van de beperkte huwelijksgemeenschap te doceren.

Dit is nog niet het enige bezwaar tegen het schrappen van de huidige wettelijke gemeenschap van goederen uit de wet, omdat ook nog moet worden gewezen op de honderdduizenden akten van huwelijkse voorwaarden die er reeds zijn en de vele duizenden akten van huwelijkse voorwaarden die er nog zullen komen en die alle – op grond van dezelfde redenen van estate planning zoals hiervoor reeds aangestipt – verwijzen naar een “afrekening als ware de echtgenoten in de wettelijke gemeenschap van goederen gehuwd”. Ik bedoel dan dat zowel voor echtgenoten in de toekomst alsook voor echtgenoten die op dit moment reeds

huwelijkse voorwaarden hebben die naar die huidige wettelijke gemeenschap van goederen verwijzen het vanuit fiscaal motief het meest aantrekkelijk blijft om bij een einde van het huwelijk – met name door overlijden⁶ – zo breed mogelijk af te rekenen als ware men in de wettelijke gemeenschap van goederen gehuwd. Ook hier geldt dat naarmate de jaren verglijden niemand het recht ten aanzien van de oude klassieke gemeenschap van goederen nog zal beheersen. Wanneer men dan naar de regels van de oude wettelijke gemeenschap van goederen verwijst in akten van huwelijkse voorwaarden, zal moeten worden omschreven wat wordt verstaan onder een afrekening als ware men in de aloude gemeenschap van goederen gehuwd.

Bij het vorenstaande sluit nog aan een bezwaar tegen de nieuwe beperkte gemeenschap van goederen, in die zin dat als argument daarvoor steeds is gebruikt dat de Nederlandse bevolking dan geen uitsluitingsclausules meer zou behoeven te maken in uiterste wilsbeschikkingen en bij giften, omdat die erfrechtelijke verkrijgingen en giften dan van rechtswege buiten de nieuwe beperkte gemeenschap zouden vallen. Een testateur of schenker die wil bereiken dat de testamentaire making of gift nimmer in enige gemeenschap van goederen zal vallen en nooit zal worden verrekend krachtens enig verrekenbeding in huwelijkse voorwaarden zal echter nog steeds een uitsluitingsclausule moeten opnemen in de uiterste wilsbeschikking dan wel bij de gift. Echtgenoten kunnen en – mede gelet op de hiervoor aangeduide te verwachten praktijk in het licht van de estate planning – zullen immers veelal op latere leeftijd alsnog overgaan naar het stelsel van de aloude wettelijke gemeenschap van goederen dan wel in hun huwelijkse voorwaarden een finaal verrekenbeding overeenkomen op grond waarvan men zo breed mogelijk wenst af te rekenen als ware men in die aloude wettelijke gemeenschap van goederen gehuwd. Het familielid – testateur of schenker – kan daar om hem moverende redenen geen behoefte aan hebben en zal in dit verband dan ook nog steeds moeten bepalen dat wat van hem werd geërfd dan wel werd gekregen nimmer zal vallen in enige gemeenschap van goederen dan wel betrokken zal worden in enig verrekenbeding, in de vorm van de aloude uitsluitingsclausule.⁷

4 Een extra argument hiervoor wordt gevormd door hetgeen ik hierna in par. 3 bespreek.

5 Een dergelijk fenomeen vindt men nu in akten van huwelijkse voorwaarden en in modellen daarvan, waar wordt verwezen naar een afrekening als ware men gehuwd in het wettelijk deelgenootschap. Nu dit laatste stelsel van huwelijkse voorwaarden een aantal jaren geleden uit de wet is geschrapt, moet dit thans steeds in desbetreffende akten van huwelijkse voorwaarden helemaal worden uitgeschreven. Zo zal in de toekomst niet meer zonder meer duidelijk zijn wat tot de huidige wettelijke gemeenschap van goederen behoort. Daartoe zal – kort samengevat – de tekst van het huidige art. 1:94 BW in huwelijkse voorwaarden moeten worden uitgeschreven. Ook jurisprudentie naar aanleiding van het bestaande art. 1:94 BW kan in dat verband nog relevant zijn.

6 Mij is uit de praktijk bekend dat sommige echtparen ook nu eveneens bij het einde van het huwelijk door echtscheiding willen afrekenen als ware zij in de wettelijke gemeenschap van goederen gehuwd.

7 Zie in dit verband ook art. 1:134 BW, dat gewoon wordt gehandhaafd. In dezelfde zin reeds eerder A.J.M. Nuytink, “De derde tranche van de herziening van het huwelijksvermogensrecht”, *FJR* 2003, p. 150 e.v. Het is natuurlijk ook denkbaar dat een testateur of schenker uitdrukkelijk wil dat de verkrijging van zijn kant juist wel in de – overigens beperkte – gemeenschap valt en daartoe een zogenoemde insluitingsclausule opneemt. Zie daartoe

3. De afwikkeling van de nieuwe beperkte gemeenschap van goederen

Wanneer men in de toekomst de nieuwe beperkte gemeenschap van goederen zal moeten gaan afwickelen, rijzen daarbij vele problemen.⁸ Die problemen komen met name voort uit het feit dat vier verschillende vermogens inclusief de ontwikkelingen daarvan die plaatsvinden door met name de problematiek van zaaksvervanging en vergoedingsrechten alsdan van elkaar moeten worden onderscheiden om uit te maken wat aan ieder der echtgenoten – ook in goederenrechtelijk opzicht – toekomt. Zij zullen ieder zowel privévermogen hebben als goederen in de huwelijks-gemeenschap als – hoogstwaarschijnlijk – goederen in een gemeenschap in de zin van afdeling 3.7.1 BW uit de tijd dat zij samenwoonden. Over de problemen die hier rijzen, valt ongetwijfeld een boek vol te schrijven, maar ik beperk mij hier tot in hoofdzaak vier problemen. Volledigheidshalve wijs ik er daarbij nogmaals op dat het principieel niet uitmaakt of men de vermogensrechtelijke gevolgen van zo'n huwelijk moet afwickelen na echtscheiding of na overlijden. In dat laatste geval kan immers sprake zijn van een onverdeeldheid wanneer de wettelijke verdeling buiten toepassing is verklaard en voorts is de omvang van het vermogen van de erflater volgens het huwelijksvermogensrecht in ieder geval bepalend voor de berekening van de omvang van de vorderingen van de kinderen in het kader van de wettelijke verdeling.

Praktisch gesproken zal na een jarenlang huwelijk vaak niet meer zijn vast te stellen welke goederen precies van wie zijn. De enige twee oplossingen om uit de problemen te komen zijn ofwel – bijvoorbeeld kort voor de echtscheiding of het overlijden – het opmaken van huwelijksvoorwaarden met invoering van de (huidige) wettelijke gemeenschap van goederen, zodat daarmee – in beginsel – komt vast te staan dat alle goederen in die gemeenschap vallen en bij helfte kunnen worden verdeeld. De andere oplossing – die waarschijnlijk vaker wordt gekozen – is het opmaken van een vaststellingsovereenkomst waarbij partijen zich ter beëindiging van de rechtsonzekerheid omtrent de rechtstoestand van de verschillende vermogensbestanddelen jegens elkaar binden aan de vaststelling van een bepaalde rechtstoestand.⁹ Volledigheidshalve wijs

ik erop dat het nieuwe art. 1:94 lid 8 BW dat vrijwel gelijklopend is aan het bestaande art. 1:94 lid 6 BW, inhoudende dat wanneer echtgenoten niet kunnen bewijzen wat aan wie toebehoort het desbetreffende goed als gemeenschapsgoed wordt aangemerkt, niet gelijk staat aan een vaststellingsovereenkomst, omdat hier – blijkens de tweede volzin van dit lid – slechts sprake is van een bewijsvermoeden. Tegenbewijs is derhalve steeds mogelijk.

Wat een concrete, tussen partijen op te maken vaststellingsovereenkomst betreft, moet echter toch nog op het volgende worden geattendeerd. Vaak wordt gedacht dat bij zo'n vaststellingsovereenkomst alles mogelijk is en dat de vaststelling op grond daarvan zelfs geldig is wanneer die in strijd komt met dwingend recht. Dit leidt men dan af uit het bepaalde in art. 7:902 BW. Er moet echter op worden gewezen dat dit niet de strekking van art. 7:902 BW is, omdat dit artikel ook bepaalt dat de vaststelling naar inhoud of strekking niet in strijd mag komen met de openbare orde en goede zeden. Wanneer men de parlementaire geschiedenis van dit wetsartikel bestudeert, blijkt – kort gezegd – dat slechts in geval van onzekerheid omtrent een bepaalde rechtstoestand de vaststellingsovereenkomst in strijd mag komen met dwingend recht.¹⁰ Zodra echter duidelijk is dat een goed privé is, omdat het bijvoorbeeld werd aangebracht of op grond van zaaksvervangingsregels, kan met een vaststellingsovereenkomst niet worden bereikt dat het alsnog in de gemeenschap valt of – nog erger – toekomt aan de andere echtgenoot. Kortom, voor de afwikkeling van toekomstige beperkte gemeenschappen leidt een en ander tot veel meer werk voor de rechtspraktijk dan nogal eens wordt aangenomen. Men realiseer zich daarbij ook dat de echtgenoten die in de toekomst op grond van de wet in de beperkte gemeenschap huwen – anders dan bij huwelijksvoorwaarden – ook geen staat van aanbengsten zullen hebben. Bij ieder ontbonden huwelijk zullen derhalve lijsten moeten worden gemaakt van goederen die tot het privévermogen van de man respectievelijk de vrouw behoren, goederen die tot de huwelijksgemeenschap behoren en goederen die tot de samenlevingsgemeenschap behoren. Vervolgens zal er een lijst moeten worden opgemaakt van goederen waaromtrent rechtsonzekerheid bestaat wat betreft de eigendomssituatie. Slechts ten aanzien van de laatste categorie goederen zal een vaststellingsovereenkomst kunnen worden gemaakt waarbij de rechtspositie van die goederen alsnog tussen partijen wordt vastgesteld.

art. 1:94 lid 3 sub b van het wetsvoorstel.

⁸ Zie in dit verband ook art. 1:134 BW, dat gewoon wordt gehandhaafd. In dezelfde zin reeds eerder A.J.M. Nuytink, "De derde tranche van de herziening van het huwelijksvermogensrecht", *FJR* 2003, p. 150 e.v. Het is natuurlijk ook denkbaar dat een testateur of schenker uitdrukkelijk wil dat de verkrijging van zijn kant juist wél in de – overigens beperkte – gemeenschap valt en daartoe een zogenoemde insluitingsclausule opneemt. Zie daartoe art. 1:94 lid 3 sub b van het wetsvoorstel.

⁹ Zie art. 7:900 lid 1 BW.

¹⁰ Zie *Kamerstukken II* 1982-1983, 17779, nr. 3, p. 38 (MvT) en *Kamerstukken I* 1992-1993, 17779, nr. 95b, p. 3-4 (MvA) en HR 21 april 1995, *NJ* 1997, 570 m.nt. CJHB.

Een tweede probleem wat betreft de afwikkeling van een (huwelijks)gemeenschap tussen de echtgenoten in de toekomst betreft het volgende. Zoals gezegd, zullen in de toekomst bijna altijd twee gemeenschappen moeten worden afgewikkeld, te weten een beperkte huwelijksgemeenschap en een gemeenschap in de zin van afdeling 3.7.1 BW uit de tijd dat de partners samenwoonden (en die zich via zaaksvervanging in andere goederen kan hebben voortgezet). In dit verband verdient opmerking dat in de toekomst de vreemde situatie ontstaat dat de gemeenschap uit de tijd van het samenwonen steeds al tijdens het huwelijk kan worden afgewikkeld en verdeeld, terwijl de goederen uit de huwelijksgemeenschap zich eerst voor verdeling lenen nadat die huwelijksgemeenschap is ontbonden, bijvoorbeeld door echtscheiding of overlijden. Het behoeft geen betoog dat hier in de praktijk een onoverzichtelijk geheel zal ontstaan, waarbij de echtgenoten ten nadele van schuldeisers voortijdig kunnen gaan verdelen.¹¹

Een derde probleem betreft het feit dat geheel nieuwe rechtsvragen ontstaan, bijvoorbeeld wat betreft het volgende. Gesteld dat de echtgenoten in de periode dat zij samenwoonden een woning hebben gekocht en op beider naam verkregen. Vervolgens verkopen zij die woning en kopen en verkrijgen wederom op beider naam met – grotendeels – de opbrengst van de eerste woning een tweede woning ten tijde van het huwelijk. Dan zal de tweede woning mijns inziens opnieuw door de regels van zaaksvervanging in een eenvoudige gemeenschap in de zin van afdeling 3.7.1 BW vallen.¹² Dit is voor bijvoorbeeld een notaris – met name in het kader van een recherche wanneer de tweede woning te zijner tijd wordt verkocht of verhuypothekerd – in beginsel niet te zien, tenzij het relaas van de zaaksvervanging volledig in de leveringsakte waarbij het echtpaar de tweede woning verkreeg, is gerelateerd.¹³ Dit alles is ook relevant voor derden, bijvoorbeeld gemeenschapsschuldeisers (in de zin van de huwelijks-

gemeenschap) van één der echtgenoten. Zo'n gemeenschapsschuldeiser zal zich immers niet – terwijl dat op grond van de recherche bij het kadaster in eerste instantie anders lijkt te zijn – op het (tweede) huis kunnen verhalen en op dat huis beslag kunnen leggen, maar hij zal zich slechts kunnen verhalen op het aandeel van die echtgenoot in de betreffende woning en eveneens slechts op dat aandeel beslag kunnen leggen. Het zal duidelijk zijn dat hier in de praktijk 'veel ongelukken' gaan gebeuren.

Dan is er ten slotte nog een laatste probleem waarop ik graag wil wijzen en dat voortvloeit uit de (afwikkeling van) de nieuwe beperkte huwelijksgemeenschap. Gesteld dat dit wetsvoorstel wordt ingevoerd, waar leidt dat dan voor de betrokken echtgenoten uiteindelijk toe op grond van de vermeende grotere rechtvaardigheid van het nieuwe stelsel ten opzichte van de huidige gemeenschap van goederen? Dat valt in het kort wel aan te geven en ik zal het hierna ook in een eenvoudig cijfermatig voorbeeld uitwerken. Men houde daarbij voor ogen dat het gemiddelde vermogen van een huishouden in Nederland op grond van cijfers van het CBS uiterst bescheiden blijkt te zijn.¹⁴ Kort samengevat, is het grote verschil wat betreft de vermogensrechtelijke verhoudingen tussen de echtgenoten onderling dat bij een beperkte huwelijksgemeenschap anders dan bij de huidige wettelijke gemeenschap van goederen de egaliserende werking van de huwelijksgemeenschap ten aanzien van de vermogens van beide echtgenoten in de toekomst sterk zal afnemen. Ieder heeft immers veel meer privévermogen. Maar wat is daarvan nu het concrete gevolg na het einde van het huwelijk? Ik geef het volgende cijfermatige voorbeeld.

Gesteld, een echtpaar is gehuwd in de beperkte huwelijksgemeenschap. Tijdens het huwelijk is een huis gekocht voor een prijs van € 270.000 die volledig is gefinancierd met een hypothecaire geldlening. Het echtpaar heeft overig vermogen in de vorm van inboedel, auto en een beetje spaargeld ter waarde van in totaal € 30.000. Het huis is tijdens het huwelijk in waarde gedaald tot een waarde van € 210.000. De man verkrijgt tijdens het huwelijk een erfenis (zonder uitsluitingsclausule) groot € 30.000. Hiermee lost hij een deel van de hypotheek af. Na tien jaar gaat het echtpaar scheiden en de vraag is wat er aan wie toekomt?

Wanneer men deze casus zou moeten oplossen naar huidig recht, zou het antwoord eenvoudig zijn, te weten bij ontbinding van het huwelijk door echtscheiding zou geen van beide partners uiteindelijk iets

11 Zo kan men wat betreft een gemeenschap in de zin van afdeling 3.7.1 BW tijdens huwelijk ten nadele van de schuldeisers besluiten alles toe te delen aan de ene echtgenoot, terwijl de andere echtgenoot slechts een 'papierene vordering' krijgt wegens onderbedeling.

12 Ik meen dat de hier geschetste casus niet moet worden opgelost aan de hand van het arrest HR 2 april 1976, NJ 1976, 450 m.nt. WK (Modehuis Nolly), omdat de casus niet betreft een situatie waarbij de ene echtgenoot een onroerende zaak als lasthebber c.q. economisch houdt voor een ander. In deze casus is de tenaamstelling van de betreffende onroerende zaken identiek en gaat het om de vraag in wat voor soort gemeenschap de tweede woning valt. Deze vraag wordt mijns inziens beslist aan de hand van regels van zaaksvervanging, met name art. 1:95 lid 1 BW. Men kan zich overigens in dit verband afvragen wat in art. 1:95 lid 1 BW precies wordt verstaan onder een financiering die "ten laste komt van zijn eigen vermogen".

13 Men zal dan bij de recherche wel zo ver moeten gaan, dat men inzage neemt in de akte.

14 Zie daarover mijn eerdere bijdrage in *FTV* 2014, nr. 49, par. 2.

verkrijgen, omdat de waarde van de activa bij het einde van het huwelijk (het huis ad € 210.000 en de overige activa ad € 30.000) precies even groot zouden zijn als de restant hypotheekschuld ad eveneens € 240.000. Dat is anders in de nieuwe beperkte gemeenschap. De huwelijksgemeenschap bestaat dan immers uit activa ad € 240.000, maar de passiva beslaan € 240.000 vermeerderd met een schuld van de huwelijksgemeenschap uit hoofde van een vergoedingsrecht dat de man in privé heeft voor de aflossing van de hypotheek uit privévermogen berekend conform art. 1:87 lid 2 sub a BW groot 30/270e maal € 210.000 ofwel € 23.333. Ieder der echtgenoten zal op grond van het bepaalde in art. 1:101 BW draagplichtig zijn voor de helft van deze schuld ofwel € 11.666. De man heeft derhalve per saldo van de vrouw te verdienen een bedrag groot € 11.666 en de vrouw stapt uiteindelijk uit dit huwelijk met uitsluitend een schuld ad € 11.666. Wanneer wij nu weten dat volgens de regeringsplannen een studerende over een gemiddelde studieschuld van ruim € 20.000 35 jaar mag doen wat betreft de aflossing van die schuld, dan zal men doorgaans – mede gelet op het gemiddeld uiterst bescheiden vermogen per huishouden – moeten aannemen dat deze schuld ad € 11.666 door de vrouw in beginsel niet sneller zal kunnen worden afgelost dan in een tijdsbestek van tien jaren. Kortom, anders dan in de huidige situatie zijn deze partijen nog tien jaren aan elkaar gebonden uit hoofde van een schuld die de vrouw aan de man moet voldoen. Bij mij rijst de vraag of dit soort jarenlange schuldverhoudingen tussen ex-echtgenoten – uitsluitend om een vermeende rechtvaardigheid in het huwelijksvermogensrechtelijk systeem te willen bereiken – een wenselijke situatie is. De vraag stellen is – lijkt mij – haar beantwoorden.

4. Conclusie

Met het vorenstaande heb ik slechts een vervolg willen geven aan mijn eerdere artikel in *FTV* 2014, nr. 49, waarin ik reeds een aantal problemen ten aanzien van de nieuwe beperkte huwelijksgemeenschap signaleerde. Naar mijn mening laten de hiervoor genoemde bezwaren opnieuw zien tot welke complicaties dit wetsvoorstel bij invoering zal gaan leiden. Ook de ondernemingsrechtpraktijk en de onroerendgoedpraktijk zullen hier diepgaand door worden beïnvloed. Tal van gebruikelijke transacties in de praktijk – of het nu (ver)koop van woningen, van aandelenpakketten of verdelingen betreft – zullen veel gecompliceerder worden en daardoor veel meer tijd vragen. Daarnaast zal het maken van uitsluitingsclausules in uiterste wilsbeschikkingen en bij giften onverminderd noodzakelijk blijven. Ten slotte zullen zowel om fiscale redenen als om redenen van het voorkomen van de complexe gevolgen van de beperkte huwelijksgemeen-

schap veel meer huwelijkse voorwaarden worden gemaakt worden dan nu het geval is. De kosten van dit alles komen uiteraard steeds bij de betrokken burgers terecht. Naar mijn mening moet de wetgever dit niet willen, zeker niet voor burgers die slechts beschikken over een zeer bescheiden vermogen.

Wanneer men beslist door wil gaan op het pad van een modernisering van het commune stelsel van huwelijksvermogensrecht, raad ik aan de weg te bewandelen van een scheiding van vermogens van de echtgenoten¹⁵ (zoals bij samenlevenden het geval is) gecombineerd met enigerlei vorm van een finaal verrekenbeding. Beperkte gemeenschappen zijn ondingen. Dat heeft de praktijk van huwelijkse voorwaarden op dit punt in het (verre) verleden wel bewezen. De stelsels van de beperkte gemeenschappen van vruchten en inkomsten en winsten en verlies zijn niet voor niks reeds decennia geleden een stille dood gestorven.

Prof. mr. W.G. Huijgen

Hoogleraar Notarieel recht, Universiteit Leiden
(w.g.huijgen@law.leidenuniv.nl)

15 Overigens zal ook een stelsel waarbij de vermogens van de echtgenoten gescheiden blijven in combinatie met een vorm van finale afrekening nog altijd gecompliceerder zijn in zijn rechtsgevolgen dan de huidige wettelijke gemeenschap van goederen.